

# TE OGH 2005/4/28 120s21/05p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.04.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 28. April 2005 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schindler als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Holzweber, Dr. Philipp, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Krammer als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Reinhold B\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG sowie anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Schöffengericht vom 30. November 2004, GZ 36 Hv 171/04y-23, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Fabrizy, des Angeklagten sowie seines Verteidigers Dr. Irsigler zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 28. April 2005 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schindler als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Holzweber, Dr. Philipp, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Krammer als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Reinhold B\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG sowie anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Schöffengericht vom 30. November 2004, GZ 36 Hv 171/04y-23, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Fabrizy, des Angeklagten sowie seines Verteidigers Dr. Irsigler zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch wegen versuchten Inverkehrsetzens einer großen Menge Kokain sowie demzufolge auch im Strafausspruch aufgehoben und in diesem Umfang gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt: Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch wegen versuchten Inverkehrsetzens einer großen Menge Kokain sowie demzufolge auch im Strafausspruch aufgehoben und in diesem Umfang gemäß Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, StPO in der Sache selbst erkannt:

Reinhold B\*\*\*\*\* ist schuldig, er hat im Zeitraum Juni und Juli 2003 in Altenmarkt oder Bischofshofen den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift, nämlich 57 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von 20 %, sohin 11,4 Gramm Reinsubstanz, zumindest einem anderen überlassen. Reinhold B\*\*\*\*\* hat hiedurch das Vergehen nach § 27 Abs 1 sechster Fall SMG begangen und wird hiefür sowie - ihm nach dem unberührt gebliebenen Teil des Schuldspruchs weiterhin zur Last fallend - für das Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG und das Vergehen nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG unter Bedachtnahme auf § 28 Abs 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 10 (zehn) Monaten verurteilt. Gemäß § 43 Abs 1 StGB wird die Strafe unter Bestimmung einer dreijährigen Probezeit bedingt nachgesehen. Reinhold B\*\*\*\*\* ist schuldig, er hat im Zeitraum Juni und Juli 2003 in Altenmarkt oder Bischofshofen den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift, nämlich 57 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von 20 %, sohin

11,4 Gramm Reinsubstanz, zumindest einem anderen überlassen. Reinhold B\*\*\*\*\* hat hiedurch das Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, sechster Fall SMG begangen und wird hierfür sowie - ihm nach dem unberührt gebliebenen Teil des Schuldspruchs weiterhin zur Last fallend - für das Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG und das Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG unter Bedachtnahme auf Paragraph 28, Absatz eins, StGB zu einer Freiheitsstrafe von 10 (zehn) Monaten verurteilt. Gemäß Paragraph 43, Absatz eins, StGB wird die Strafe unter Bestimmung einer dreijährigen Probezeit bedingt nachgesehen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf die Strafneubemessung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

### **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Reinhold B\*\*\*\*\* eines vollendeten und eines versuchten (§ 15 StGB) Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG (I) sowie eines Vergehens nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (II) schuldig erkannt, weil er Mit dem angefochtenen Urteil wurde Reinhold B\*\*\*\*\* eines vollendeten und eines versuchten (Paragraph 15, StGB) Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG (römisch eins) sowie eines Vergehens nach Paragraph 27, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG (römisch II) schuldig erkannt, weil er

I. im Juni und Juli 2003 anderen 132 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von 20 %, sohin 26,4 Gramm Reinsubstanz, verkaufte sowie römisch eins. im Juni und Juli 2003 anderen 132 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von 20 %, sohin 26,4 Gramm Reinsubstanz, verkaufte sowie

II. um die Jahresmitte 2003 eine geringe Menge Kokain erwarb und bis zum Eigenkonsum besaß römisch II. um die Jahresmitte 2003 eine geringe Menge Kokain erwarb und bis zum Eigenkonsum besaß.

Nach den wesentlichen Feststellungen zum Schuldspruch I kaufte der Angeklagte die oben bezeichnete Suchtmittelmenge vom abgesondert verfolgten Willibald Br\*\*\*\*\* und veräußerte sie sodann (zur Gänze) an unbekannt gebliebene Abnehmer, wobei er jeweils mit dem Vorsatz handelte, insgesamt eine große Menge (§ 28 Abs 6 SMG) Kokain in Verkehr zu setzen. Nach den wesentlichen Feststellungen zum Schuldspruch römisch eins kaufte der Angeklagte die oben bezeichnete Suchtmittelmenge vom abgesondert verfolgten Willibald Br\*\*\*\*\* und veräußerte sie sodann (zur Gänze) an unbekannt gebliebene Abnehmer, wobei er jeweils mit dem Vorsatz handelte, insgesamt eine große Menge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG) Kokain in Verkehr zu setzen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die - inhaltlich nur gegen den Schuldspruch I gerichtete - aus den Gründen der Z 5 und 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten (die anlässlich der Rechtsmittelausführung rechtsirrig als „Berufung wegen Nichtigkeit“ bezeichnet wurde) geht fehl. Die - inhaltlich nur gegen den Schuldspruch römisch eins gerichtete - aus den Gründen der Ziffer 5 und 9 Litera a, des Paragraph 281, Absatz eins, StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten (die anlässlich der Rechtsmittelausführung rechtsirrig als „Berufung wegen Nichtigkeit“ bezeichnet wurde) geht fehl.

Mangelnde Begründung der Feststellung, der Beschwerdeführer habe Suchtmittel in Verkehr gesetzt, behauptend, übergeht die Mängelrüge (Z 5) die - wenngleich verfehlt im Feststellungsteil der angefochtenen Entscheidung vorgenommene - beweiswürdigende Bezugnahme auf die Aussage des Zeugen Willibald Br\*\*\*\*\* (US 5), wonach der Beschwerdeführer diesen gefragt habe, ob er das von ihm erworbene Suchtmittel „noch strecken kann“ (S 303), was unter Berücksichtigung der Umstände, dass nach der Aktenlage beim Beschwerdeführer kein Kokain sichergestellt worden ist und keine Beweisergebnisse auf einen entsprechenden Eigenkonsum hindeuten, als Begründung für die Annahme des (Weiter-)Verkaufs gerade noch hinreicht. Mangelnde Begründung der Feststellung, der Beschwerdeführer habe Suchtmittel in Verkehr gesetzt, behauptend, übergeht die Mängelrüge (Ziffer 5,) die - wenngleich verfehlt im Feststellungsteil der angefochtenen Entscheidung vorgenommene - beweiswürdigende Bezugnahme auf die Aussage des Zeugen Willibald Br\*\*\*\*\* (US 5), wonach der Beschwerdeführer diesen gefragt habe, ob er das von ihm erworbene Suchtmittel „noch strecken kann“ (S 303), was unter Berücksichtigung der Umstände, dass nach der Aktenlage beim Beschwerdeführer kein Kokain sichergestellt worden ist und keine Beweisergebnisse auf einen entsprechenden Eigenkonsum hindeuten, als Begründung für die Annahme des (Weiter-)Verkaufs gerade noch hinreicht.

Die Aussage des Beschwerdeführers, Willibald Br\*\*\*\*\* habe ihm eine geringe Menge Kokain (unentgeltlich) zum Eigenkonsum überlassen, bezieht sich (den diesbezüglichen Tatvorwurf zugestehend) auf den Schuldspruch II (S 291). Entgegen der Beschwerde hat das Erstgericht diese Verantwortung keineswegs übergangen, sondern sie vielmehr seinen Konstatierungen zugrunde gelegt (US 4, 6). Die Aussage des Beschwerdeführers, Willibald Br\*\*\*\*\* habe ihm eine geringe Menge Kokain (unentgeltlich) zum Eigenkonsum überlassen, bezieht sich (den diesbezüglichen Tatvorwurf zugestehend) auf den Schuldspruch römisch II (S 291). Entgegen der Beschwerde hat das Erstgericht diese Verantwortung keineswegs übergangen, sondern sie vielmehr seinen Konstatierungen zugrunde gelegt (US 4, 6).

Die Rechtsrüge (Z 9 lit a) erschöpft sich dem Sinn nach in der unsubstantiierten Behauptung, die erstrichterlichen Feststellungen zur inneren Tatseite (US 5) seien mangelhaft, ohne darzulegen, welche subjektiven Tatbestandselemente des § 28 Abs 2 vierter Fall SMG von den Urteilskonstatierungen nicht erfasst sein sollen, und verfehlt solcherart die gebotene Ausrichtung am Gesetz. Die Rechtsrüge (Ziffer 9, Litera a,) erschöpft sich dem Sinn nach in der unsubstantiierten Behauptung, die erstrichterlichen Feststellungen zur inneren Tatseite (US 5) seien mangelhaft, ohne darzulegen, welche subjektiven Tatbestandselemente des Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG von den Urteilskonstatierungen nicht erfasst sein sollen, und verfehlt solcherart die gebotene Ausrichtung am Gesetz.

Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich sohin als unbegründet. Aus deren Anlass hat sich der Oberste Gerichtshof aber davon überzeugt, dass das Schöffengericht den Beschwerdeführer in Hinsicht auf die nach Abzug der einfachen großen Menge (§ 28 Abs 6 SMG) Kokain (lt Anhang 1 der SGVBGBI II 1997/377 fünfzehn Gramm Reinsubstanz) verbliebene Restmenge von 11,4 Gramm Kokain (Reinsubstanz) rechtsfehlerhaft des versuchten (§ 15 StGB) Vergehens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG schuldig erkannt hat (§ 290 Abs 1 zweiter Satz StPO iVm § 281 Abs 1 Z 10 StPO). Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich sohin als unbegründet. Aus deren Anlass hat sich der Oberste Gerichtshof aber davon überzeugt, dass das Schöffengericht den Beschwerdeführer in Hinsicht auf die nach Abzug der einfachen großen Menge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG) Kokain (lt Anhang 1 der SGV BGBI römisch II 1997/377 fünfzehn Gramm Reinsubstanz) verbliebene Restmenge von 11,4 Gramm Kokain (Reinsubstanz) rechtsfehlerhaft des versuchten (Paragraph 15, StGB) Vergehens nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG schuldig erkannt hat (Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO in Verbindung mit Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO).

Nach § 15 Abs 2 StGB ist nämlich die Tat des unmittelbaren Täters erst dann versucht, wenn er seinen Entschluss, sie auszuführen, durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt. Bei dem durch mehraktiges Inverkehrsetzen begangenen Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG ist diese Ausführungsnähe nach ständiger Judikatur (zuletzt 11 Os 55/04, 13 Os 123/04, 12 Os 88/04) erst dann gegeben, wenn der Täter die Verfügungsmacht über eine insgesamt große Menge erlangt hat. Fallbezogen mangelt es an dieser Voraussetzung, aus welchem Grund die Veräußerung von (weiteren) 11,4 Gramm Kokain (Reinsubstanz) - trotz des auf den Verkauf von zusätzlichen 3,6 Gramm Kokain (Reinsubstanz) gerichteten Vorsatzes - nicht als Versuch einer Straftat nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG zu beurteilen ist, sondern bloß den Tatbestand des § 27 Abs 1 sechster Fall SMG verwirklicht. Bei der Strafneubemessung waren der Umstand, dass der Beschwerdeführer mehrere strafbare Handlungen begangen hat (§ 33 Z 1 StGB), erschwerend, das Teilgeständnis (§ 34 Abs 1 Z 17 StGB) mildernd. Nach Paragraph 15, Absatz 2, StGB ist nämlich die Tat des unmittelbaren Täters erst dann versucht, wenn er seinen Entschluss, sie auszuführen, durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt. Bei dem durch mehraktiges Inverkehrsetzen begangenen Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG ist diese Ausführungsnähe nach ständiger Judikatur (zuletzt 11 Os 55/04, 13 Os 123/04, 12 Os 88/04) erst dann gegeben, wenn der Täter die Verfügungsmacht über eine insgesamt große Menge erlangt hat. Fallbezogen mangelt es an dieser Voraussetzung, aus welchem Grund die Veräußerung von (weiteren) 11,4 Gramm Kokain (Reinsubstanz) - trotz des auf den Verkauf von zusätzlichen 3,6 Gramm Kokain (Reinsubstanz) gerichteten Vorsatzes - nicht als Versuch einer Straftat nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG zu beurteilen ist, sondern bloß den Tatbestand des Paragraph 27, Absatz eins, sechster Fall SMG verwirklicht. Bei der Strafneubemessung waren der Umstand, dass der Beschwerdeführer mehrere strafbare Handlungen begangen hat (Paragraph 33, Ziffer eins, StGB), erschwerend, das Teilgeständnis (Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 17, StGB) mildernd.

Der Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 2 StGB war nicht anzunehmen, weil dieser nur dann vorliegt, wenn der Täter einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch steht, wogegen der Beschwerdeführer selbst zugestanden hat, schon vor den Taten mehrere Jahre hindurch Kokain konsumiert zu haben (S 290 iVm S 13). Der Milderungsgrund des Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 2,

StGB war nicht anzunehmen, weil dieser nur dann vorliegt, wenn der Täter einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch steht, wogegen der Beschwerdeführer selbst zugestanden hat, schon vor den Taten mehrere Jahre hindurch Kokain konsumiert zu haben (§ 290 in Verbindung mit § 13).

Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen stand - unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das (Teil-)Geständnis nur den geringfügigsten Teil des Schuldspruchs betrifft - bei einem Strafraumen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe (§ 28 Abs 2 SMG) der Verhängung einer empfindlicheren als der aus dem Spruch ersichtlichen Sanktion nur das Verbot der reformatio in peius (§ 290 Abs 2 StPO) entgegen. Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen stand - unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das (Teil-)Geständnis nur den geringfügigsten Teil des Schuldspruchs betrifft - bei einem Strafraumen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe (Paragraph 28, Absatz 2, SMG) der Verhängung einer empfindlicheren als der aus dem Spruch ersichtlichen Sanktion nur das Verbot der reformatio in peius (Paragraph 290, Absatz 2, StPO) entgegen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

#### **Anmerkung**

E77210 120s21.05p

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:01200S00021.05P.0428.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20050428\_OGH0002\_01200S00021\_05P0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)